新闻与传播研究

游移于“公”“私”之间:网络平台数据治理研究

谢新洲 宋 琢

(北京大学 新媒体研究院, 北京 100871)

摘 要: 数字经济的蓬勃发展使得数据的生产要素性质越发突出。平台数据是其中最具市场性的一种数据类型。网络平台和用户都是私主体,然而用户使用平台产生的数据涉及社会生活的广泛领域,具有了公共属性。“公”“私”成为确立数据权属、释放数据活力过程中的一对显著矛盾。对平台数据的保护思路有将其视为私人财产和公用品的两种,追溯互联网从诞生到发展的历史文化对于挖掘“公”“私”对立的深层原因具有重要意义。在此基础上,可从主体协同、平台数据保护模式、数据交易制度等方面对网络平台数据的治理提供建议。

关键词: 网络平台;数据治理;数据确权;私权力;平台治理

中图分类号:G 206 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2022)01-0137-10

在大数据、云计算、人工智能、物联网等颠覆性技术的推动下,数据驱动的智能应用渗透进生产生活的方方面面,以海量数据作为新型基础资源的数字经济蓬勃发展。鉴于数字经济彰显出的巨大潜力,十九届四中全会决定首次将数据列为生产要素。① 2020 年 4 月 9 日,《中共中央国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》中提出要加快培育数据要素市场,根据数据性质完善产权性质。企业产生的商业信息数据作为最具市场性的一种数据类型,其经济价值更为突出。② 近年来,以腾讯、阿里巴巴、新浪为代表的平台型企业急剧扩张。在凭借技术和资本优势不断渗透进公共生活领域的过程中,获取了用户及其生存的自然环境、社会环境中的海量数据,成为重要的数据掌握、使用和交易主体。网络平台的私主体属性与其掌握的权力的公共性之间存在着天然张力,在“公”“私”的对峙和博弈中,利益失衡、秩序失范的情况屡屡出现,亟须平衡好数据权属的私有性与开放共享的发展需求之间的关系。2021 年 6 月通过的《数据安全法》主要目的就是规范数据处理活动,保障数据安全,促进数据开发利用,保护个人、组织的合法权益,维护国家主权、安全和发展利益。

以此为背景,从商业平台的数据俘获为切入点,探讨平台数据如何摇摆在私人所有与公共所有两种属性之间,并从互联网文化的角度溯源“公”“私”对立困境的深层原因。在此基础上,对提升平台数据资源价值、释放数据活力进行必要的路径设计。

一、平台数据的理论和实践探讨

网络平台数据指用户在使用平台提供的网络服务的过程中“产生的被网络平台收集、存储、传输、处理

收稿日期:2021-09-26
作者简介:谢新洲,男,湖南益阳人,北京大学新媒体研究院教授。
基金项目:本文是国家社科基金重大项目“中国特色网络内容治理体系及监管模式研究”(项目编号:18ZDA317)的研究成果之一。

① 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,《人民日报》2019 年 11 月 6 日第 001 版。

② 李晓阳:《大数据背景下商业数据的财产性》,《江苏社会科学》2019 年第 5 期,第 158—167 页。

和使用的各种电子数据”①。网络平台数据既包括用户个人的静态身份信息、动态使用网络平台留下的电子痕迹,也包括平台所有者对初始用户数据进行加工和分析后的数据集合、数据产品等。数据与信息是包含关系,信息是数据经过加工处理后得到的另一种形式的数据,内涵和外延均小于个人数据。②

(一)平台数据权属的理论探讨

针对网络平台数据权属的问题,国内外的研究主要聚焦于如何平衡个人数据保护和企业的数据商业化利用之间的关系。平台数据属性复杂,若遵循物权的排他性原则将数据完全归于个人或者平台所有,势必会倾向于公平与效率的价值坐标轴中的某一极。现有研究基本都认为由于数据经济体现出一种围绕数据经营和利用而展开的复杂动态关系,应当从用户和数据经营者(平台)两个层面构建数据权利体系。其中最具有奠定性和代表性的观点是龙卫球构建的双边新型财产权体系,他认为,结合数据经济的双向动态结构,考虑到数据从产生到交易的全部经济环节中用户和不同层次的数据从业者的地位和利益关系,应当对数据进行两个阶段的权利建构,用户位于第一阶段,也是底层环节,对用户配置人格权益和财产权益;对数据经营者(企业),则基于利益驱动的机制需求,动态地配置数据经营权和数据资产权。同时数据经营者也负有维护数据安全以及保护个人数据的义务,形成一种权责对等、动态依存的体系关系。③ 美国学者 Lothar Determann 则主张在数字经济时代,应秉持“开放”的原则,不需要为平台数据创建财产权。个人、企业、政府和公众的利益受到错综复杂的现有法律的保护,设置新的数据权利反而会阻碍市场创新和技术进步。④

基于数据类型化的数据权利或权益的探讨对于数据共享范式的构造具有奠基作用。⑤ 一些学者提出了数据权属的场景化界定方式,认为对企业或平台数据确权应当采用场景化的保护进路,在具体场景中确定数据的性质与类型,并根据具体场景中各方的合理预期来确定相关主体的数据权益,保护个人隐私的前提下促进数据的共享与互联互通。⑥ 这一观点得到了其他学者的认同,唐要家提出了“情景依存”的“有限产权”原则,将对数据的“绝对保护”转为“有限保护”,即数据产权不是绝对的产权,其范围和时间是有限的,应放置于数据开发利用的动态价值链当中来配置权益。⑦

除了划分场景外,一些研究对数据类型进行划分,将数据分为个人数据(原始数据)和增值数据,增值数据是凝结数据控制者脑力劳动所创造的产品,但原始数据是增值数据的“原材料”,数据控制者对增值数据的产权必须在生产者的约束下配置,以生产者权益不受侵害为底层逻辑。⑧ 国外有学者将数据分为“工业数据—个人信息”和“真实数据—虚拟数据”两种组合,认为数据确权不仅要考虑保护个人信息,更需要关注不涉及个人敏感信息的,在商业过程中产生的海量数据。⑨

(二)平台数据的合理使用

针对平台数据、企业数据的权属问题,现有研究普遍认为可以搁置争议,着力于建立企业数据利用

---

① 陈荣昌:《网络平台数据治理的正当性、困境及路径》,《宁夏社会科学》2021年第1期,第72—80页。
② 黄国彬、张莎莎、闫鑫:《个人数据的概念范畴与基本类型研究》,《图书情报工作》2017年第5期,第41—49页。
③ 龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,《政法论坛》2017年第4期,第63—77页。
④ Lothar Determann, “No one owns data”, *Hastings Law Journal*, 2018, 70(1):1-44.
⑤ 李爱君:《数据权利属性与法律特征》,《东方法学》2018年第3期,第64—74页。
⑥ 丁晓东:《数据到底属于谁?——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护》,《华东政法大学学报》2019年第5期,第69—83页。
⑦ 唐要家:《数据产权的经济分析》,《社会科学辑刊》2021年第1期,第98—106、209页。
⑧ 戚聿东、刘欢欢:《数字经济下数据的生产要素属性及其市场化配置机制研究》,《经济纵横》2020年第11期,第63—76、2页。
⑨ Ritter, J., Mayer, A. “Regulating data as property: a new construct for moving forward”, *Duke L. & Tech. Rev.*, 2017, 16: 220-277.

与分享机制,法律规范的重心从收集行为转向使用行为,通过对数据使用人的行为规范来实现法益保护。① 有学者基于商业平台独占商业信息数据的事实,提出了构建商业信息数据有偿共享制度,这避免了所有者独占商业信息数据导致产品供给不足的情况,同时由于补偿的存在,不会打击所有者生产商业信息数据的积极性,使各方经营者能够充分、有效地进行市场竞争。② 类型化的思路同样可以运用在平台数据使用中。有学者认为对企业数据应当进行类型化与场景化保护。对于非公开的企业数据,应当提供商业秘密保护;对于半公开的数据库数据,应当提供类似欧盟的数据库特殊权利保护;对于公开的网络平台数据,应当采取竞争法保护,避免恶性搭便车行为。③ 陈兵等人认为平台和用户的授权和“同意”机制是数据共享进程中的关键设置,提出在“差别且平等”的数据共享原则下,以“数据相关行为”为动态基准将数据区分为原始数据、衍生数据和派生数据,设计“主体+行为+场景”的动态平衡同意机制。④ 还有学者提出了网络平台数据治理的概念,认为当前最主要的矛盾是平台的私有化、自利性倾向与其掌握的权力的公共性之间的冲突,多元主体应当在法律规则约束下对平台数据的呈现与使用进行监管,从治理观念、法律规则、治理主体、治理机制等方面优化路径,实现平台、用户、政府等多主体利益最大化。⑤

国外有学者在考虑了四种不同类型数据,包括原始数据、匿名数据、半匿名数据、非个人数据涉及的隐私风险级别后,还根据使用目的区分了完全开放、仅可访问、可复制等不同的数据使用类型,强调了不同条件下数据公开和可被利用的程度和范围,以平衡个人隐私和公共利益。⑥ 2019 年,欧盟通过《单一数字市场的版权指令》(Directive on Copyright in the Digital Singles Market),指令重视传统信息与内容生产者的权利,用“链接税”的形式确定了数字信息背后的商业和财产价值,规定新闻出版物中所包含作品的作者应获得新闻出版商为信息社会服务提供者使用其新闻出版物而获得的收入的适当份额。⑦

现有研究多从个人信息保护和企业商业开发利用的角度探讨数据确权面临的问题,主要思路还是在私法的领域中调节不同私主体的利益,确保数据产业中包括数据生产者、经营者在内的各参与者的权益,本质还是聚焦于数据的私权。平台数据中汇聚了规模庞大的与公民权利、国家安全、社会发展密切相关的基础性数据,涉及广泛的公共利益,具有公共物品的属性。如何平衡私人利益与公共利益,对平台数据施加公权力,而不是由私主体平台凭借技术优势吞噬公权力边界,成为一个需要从理论、实践等多方面探讨的问题。此外,已有的研究多立足于法学、经济学理论,缺乏从互联网的技术特性、平台的社会角色、技术的社会建构等方面挖掘出现“公”“私”对立的深层原因。

鉴于上文提到的现有研究中的缺失,着重从私人财产与公用品的角度分析平台数据的属性,并溯源互联网和平台的孕育与发展,从技术的社会想象与塑造方面探讨数据确权的根源性矛盾,为促进数据领

---

① 高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018 年第 3 期,第 84—101 页。

② 胡元聪、曲君宇:《商业信息数据有偿共享制度构建研究》,《福建论坛(人文社会科学版)》2020 年第 9 期,第 82—96 页。

③ 丁晓东:《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020 年第 2 期,第 90—99 页。

④ 陈兵、顾丹丹:《数字经济下数据共享理路的反思与再造——以数据类型化考察为视角》,《上海财经大学学报》2020 年第 2 期,第 122—137 页。

⑤ 陈荣昌:《网络平台数据治理的正当性、困境及路径》,《宁夏社会科学》2021 年第 1 期,第 72—80 页;蒋国银、陈玉凤、匡亚林:《共享经济平台数据治理:框架构建、核心要素及优化策略》,《情报杂志》2021 年第 6 期,第 1—10 页。

⑥ Borgesius, F., Gray, J., Eechoud, M. “Open data, privacy, and fair information principles: Towards a balancing framework”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2015, 30(3): 2073-2132.

⑦ 谢新洲、朱垚颖:《信息资源管理视角下的欧盟数字版权保护研究》,《信息资源管理学报》2020 年第 6 期,第 60—70 页。

域权利保障、创新发展与公共福祉之间的动态均衡提供解决途径。

二、平台数据:私人财产与公用品之辩

用户从接入商业平台开始,双方以“知情—同意”原则为核心,平台收集和利用个人数据。这是商业平台运作的基础,在这一过程中数据从个体向平台的迁移与汇聚使得平台所有者的行为占据了中心地位,形成了对数据的实际控制,由此引发了一系列关于数据财产权的问题。

(一)将数据作为私人财产的保护思路

将数据视为私人所有的私法保护路径强调对数据静态的、排他性的占有和控制,核心在于确立数据产权。

1.数据生产者和数据控制者之间的矛盾:单边框架的失衡

将数据视为私人财产的保护思路首先要解决的是数据生产者和数据控制者,即用户和平台之间的矛盾。数据并不是凭空产生的,用户的静态属性和动态行为以数字化的形式被平台记录和捕获,虽然原始的个人数据利用价值有限,但其依然是企业数据、行业数据、政府数据甚至国家数据的逻辑起点。①个人在数据产生、收集、加工和商业化利用的整个价值链条中的基础性地位决定了个人对数据享有绝对的、不容置疑的权利。用财产权保护个人和商业数据本意是肯定数据价值,鼓励个人积极分享数据,企业提升数据加工的能力,激发市场活性②,然而在实际运用中用户和平台同时作为私主体,对数据产生所作的贡献如何分辨以及双方分别应当主张怎样的财产利益成为一个具有冲突性的话题。以用户或者平台为中心的单边保护框架难以适应数字环境下平台对用户进行数据俘获的现实,必须考虑到数据从个人向平台转移的过程中两者的关系结构和不同权责。

个人、团体或者组织用户对底层数据有着绝对权利。2021 年 8 月通过的《个人信息保护法》第六条和第十条规定自然人的个人信息受法律保护,任何组织、个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息。另一方面,集中化和规模化的数据经营活动赋予了用户数据额外的商业价值,是一种具有创造性的智力活动,平台也拥有了附着于数据的财产权益。虽然平台已经通过提供免费服务的方式对用户进行了相应补偿,但由于用户在技术上的弱势地位,用户对平台设施和算法规则几乎一无所知,遇到不公正待遇时束手无策。平台实际上以一种并不对等的价格占有了用户劳动,从中榨取价值,将用户数据变成了商品本身。而且企业被商业利益裹挟,并没有充分的激励在合理合法的范围内使用和保护个人数据,但若过分强调用户个人的财产权,虽然用户获得了议价能力,但企业在每一次收集和使用数据前都需通过繁琐的程序征求用户同意并向用户支付报酬。这无法适应大数据时代的信息利用加工方式,会导致资源利用不足,市场交易效率低下,打击企业开发利用数据的积极性,依赖“搭便车”来获取数据,最终带来数字经济创新发展的迟滞。

2.作为市场竞争者的平台之间的矛盾:垄断加剧互联网产业风险

在平台与平台的关系中,平台作为经济主体对数据资产的强制控制可能导致“数据孤岛”和“数据垄断”的困境。平台将数据视作核心资产和商业秘密,将其定义为私有区域,维护自身在数据搜集、使用与控制方面的中心化优势,拒绝与其他主体共享,或者在极为严苛的条件下部分、有偿地共享数据。

平台对数据有封锁和垄断的权力,为了维护自身利益,防止竞争对手“搭便车”,可以通过网络的硬件设施层和软件逻辑层,阻碍、拦截、屏蔽竞争对手未经允许对其进行数据抓取。在新浪诉脉脉非法抓

① 王融:《关于大数据交易核心法律问题——数据所有权的探讨》,《大数据》2015 年第 2 期,第 49—55 页。

② 文禹衡:《数据确权的范式嬗变、概念选择与归属主体》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2019 年第 5 期,第 69—78 页。

取微博用户数据的案件①中,法院提出了“用户同意+平台同意+用户同意”的数据流动与使用的三重授权原则,以平台同意的形式赋予了平台控制用户数据的权力。然而数据对生产力的贡献主要体现在流通中,数据“流转”的过程是其价值创造的过程。平台以硬性技术手段和软性协议的方式强制性占有数据,形成市场壁垒,阻碍自由竞争,将利益固化在特定的垄断经营者手中,出现平台企业滥用市场支配或相对优势地位的情形。

数字平台的反垄断问题已经成为我国经济领域的重点问题。2021 年 2 月,《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(简称“指南”)正式发布,初步构建了我国平台企业垄断认定等方面的法律规范。用户接入平台所产生的海量数据成为平台经济的重要竞争优势,也是平台维持市场势力的核心要素。平台既是市场中的经营者,又是主导生态系统内数据流通规则的管理者。互联网平台的多边市场效应使市场份额集中于少数平台,市场约束并不充分。② 平台排他性地独占数据,限制数据访问权限所形成的数据壁垒,可能提高新创企业的市场进入门槛,阻止潜在竞争对手进入市场。数据要素的异化带来的平台垄断可能进一步引发市场集中、市场封闭、抑制创新、数据泄露等产业风险,贬损社会福利。

总之,在关于数据权属的争夺中,由于技术能力和地位的不平等,用户对自身数据的占有和从中获益的能力非常有限,基本无法脱离平台的技术架构。两者之间的关系处于严重失衡的状态。平台的优势地位又会加剧数字经济产业风险。用户基于数据的人格权是后续一切数据使用行为得以存在的基础,而在财产权益的分配方面,则必须围绕公平与效率的奥义,使不同主体的“各种权利在行使上处于一种相互配合、相互限制的动态体系关系之中,彼此围绕数据经济的合理关系和生态结构而布局。”③

(二)将数据视为公用品的保护思路

与私有权的“私”性质、独占性、排他性相悖,将数据视为公共所有,认为数据不能停留在私人领域的理论依据则可概括为公共设施说和生产资料说。

1.公共设施说

沿袭“开放数据”(Open Data)的原则,西方一些国家认为政府和一些公共机构,比如科研院所、社会组织等,在履行职能过程中采取、生产、获取和制作,并通过一定形式记录、保存的,来自个人、私营部门和公共部门的数据资源具有公共属性,应当在不可被追溯到具体个人的基础上,向公众公开并允许公众免费访问和利用。④ 政府掌握的公共数据包括户籍身份数据、车辆房屋数据、身体状况数据、企业经营数据等。开放数据的优势在于向公众释放“数据红利”,增加数据要素市场的资源供给,提升公共服务的质量和效率,增强社会透明度,公众得以以知情的方式参与政策制定和资源分配的讨论。开放数据的内在逻辑是政府是公共部门,行使公权力的过程中占有的信息数据资源不应由某一部门独占,而应由社会共享,接受民众的监督,使公共利益最大化。

网络平台凭借用户资源优势和互联互通的技术优势,提供泛化服务,不断向传统的基础设施领域和公共领域扩张,经济和行政等社会公共部门被编织进平台生态系统。换言之,平台业务越来越与用户的日常刚需相联系。平台的社会和经济价值在很大程度上源于规模经济,它创造了一个集中化的中介,协调用户与信息相连接,重新结构化了主体之间的关系。⑤ 平台不仅能调动信息,规制信息流,制定进入

① 北京市知识产权法院民事判决书(2016)京 73 民终 588 号。

② 赵鹏:《平台、信息和个体:共享经济的特征及其法律意涵》,《环球法律评论》2018 年第 4 期,第 69—86 页。

③ 龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,《政法论坛》2017 年第 4 期,第 63—77 页。

④ Borgesius, F., Gray, J., Eechoud, M. “Open data, privacy, and fair information principles: Towards a balancing framework”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2015, 30(3): 2073-2132.

⑤ K. Sabeel Rahman. “The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, And the Revival of the Public Utility Concept.”, *Cardozo Law Review*, 2018, 39: 1621-1689.

和退出的标准,甚至左右公共物品和公共服务的分配,呈现出公共设施的特征。平台作为谋求商业利益的私主体,在信息通信时代借助基础设施和算法协议方面的技术话语权,正以一种较为强势的姿态“进化”为和政府平行的机构,介入社会治理中,获得了行政执法的准公权力。

平台获取、整合并利用的大量关于用户、服务提供商和其他利益相关者的数据来源于公众的无偿授权,原本可以通过集成化、规模化的分析和处理提取出增进公共利益、优化公共决策的价值,但在私人的掌控下则沦为牟利工具,政府出于行政和司法的目的想要使用这些数据甚至必须支付报酬。当私人部门对重要的社会基础设施施加了过多控制,行使准公权力攫取优势资源时,其私主体的身份又使其免除了一些行政法律法规的限制和民主程序的监督,因此必须强调平台数据作为公共品的属性,以强化平台服务公共利益的责任和义务。

2.生产资料说

在商业平台上,用户留下的数字痕迹和用户生产的内容为网络平台提供了媒介产品,吸引更多用户,增加了平台的浏览量。此外,数据还可以作为生产资料,再生产出一些可供出售的商品,比如数据集合、数据服务等,最终建构以数据为中心的商业模式,增加商业利润。用户以消费者的姿态,在看似娱乐休闲的日常实践中承担了原本传统媒介中编辑、记者等角色所承担的必要劳动和剩余劳动,加上自身消费行为所产生的剩余劳动价值,用户使用网络平台的行为具备了劳动的性质。但是平台并没有向用户支付劳动报酬,甚至可能通过其他各种增值服务向用户收取费用。

对平台而言,重要的是对数据池的占有,通过大数据挖掘调动更多的财产和劳动,并以其排他地为平台定向生产。① 数据是平台向广告主出售的“连接”服务的生产资料,但在平台不透明的操作下与生产者发生了分离,平台无偿占有了用户的劳动成果,且将用户隔绝在价值分配过程之外。因此,在马克思主义学者的观点中,用户作为劳动者有权与生产资料“相结合”进行生产活动并取得劳动收入。② 将数据归公共所有一方面能确保用户从个人财产的角度获得收益,另一方面帮助用户从被动的使用者转变为积极的参与者,在集体性的协调与合作中主动控制自身数据的使用过程和流动去向。

三、“公”“私”对立的根源:数据的公共价值与平台的圈地取向

确定数据权属的过程中遇到的对数据财产权界定的私有和公有两种取向,不仅体现法学上的分歧,更是展现两种截然不同的技术使用路径。本部分从技术史和观念史的角度追溯互联网诞生初始的特征以及平台的演进逻辑,探讨“公”“私”对立背后体现的技术的社会想象以及技术与社会的互相塑造。

(一)“数字乌托邦”:开放、共享、自由、平等

如果将信息时代的数据视作各类资源依托互联网的技术架构调动、匹配与连接的副产品,那么探讨数据的本质则不得不从技术特征与文化氛围的角度溯源互联网的公共性。

卡斯特认为互联网发展过程的罕见之处在于产生于大型科学研究、军事研究以及自由主义文化的交汇点。③ 国家的强制控制与知识分子自由创新的追求之间往往存在龃龉,而在互联网的历史实践中,高级研究计划局的科学家得到了美国国防部的信任与独立广阔的空间。尽管“军工学”协作体制依靠官僚体系的支持,但实验室内部却体现了显著的非层级化管理风格,来自不同行业、不同学科背景的学者分享共同的使命感与价值观,通过软件的公开交流与网络化协作进行松散有效的合作创新。开放源

---

① 胡凌:《超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制》,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期,第 6—21 页。

② 徐偲骕、张岩松:《国有化还是用户所有? ——从“数据所有制”破解社交媒体治理之争》,《新闻界》2019 年第 6 期,第 60—76 页。

③ 曼纽尔·卡斯特:《网络星河——对互联网、商业和社会的反思》,北京:社会科学文献出版社 2007 年版,第 19—26 页。

代码以及合作共享由此成为互联网社会化进程中的历史传统与技术特征。

互联网发展早期的核心人物多数是来自美国知名院校的教授与研究人员。他们期望将计算机理论转化为技术实践,满足个体对信息的需求,搭建全球的、公开的通信网络,摆脱现实世界中权力与资本的宰制。在早期核心人物对技术的构想中,计算机、互联网能够帮助个人改变对世界的认知方式,将组织结构变得扁平化,联系起分布在不同角落的社区。当计算机从存放在机房中的大型机器变成小型个人电脑时,象征意义就“从一种控制和标准化的机器变为促进自由及个性化的技术”①。

而在技术的社会想象方面,互联网等信息技术的个人赋权意义也提供了一整套关于跨界、融合、自由、平等的阐述,甚至可以对现实世界的权力秩序产生冲击。1996 年约翰·巴洛在《网络空间独立宣言》中呼吁要让工业世界的政府和巨人离开网络空间,强调现实社会中关于财产和身份的强制性法律在网络空间中不再适用,网络空间有独特的文化、道德、伦理和不成文的法典(代码)。② 在互联网尚未商用化之前,巴洛的畅想反映了很多人对互联网的乐观期待,认为互联网能够帮助个人从传统组织基于暴力和财产的权力垄断中解放出来,推翻官僚机构,是寄托了民主希望的乌托邦。这种对国家强制力的排斥在后期与宣扬资本和市场力量的新自由主义经济思想表现出了某种程度上的亲和性,为互联网的商用化和个体化提供了思想基础和话语工具。无论是开放源代码的协作模式、技术协议还是“数字乌托邦”的技术想象,“都坚定地确立了互联网开放、共享、自由、平等的核心价值观和技术规则”③。

不同于工业时代自上而下科层制的管理模式,用户在互联网上参与生产的数据可以借助互联网开放的技术架构,在自发的分享协作中产生公共价值。与其他有形的、客观的物品不同,数据的价值主要通过在社群中分享实现。信息是公共领域的公共素材和材料,个人信息的公共性体现在它可以作为资源被社会中的他人使用。④ 社交平台上的言论作为数据,在交流、辩论与共享中才能体现社会价值,是在公共领域中一步步碰撞积累的“公共财富”。群体成员在分享数据时秉持着“互惠利他”的心理,认为将自己拥有的信息和数据与他人交换能解决信息不足的状态,满足自身的信息需求。互联网为“互惠利他”合作模式的实现提供了更便利的媒介工具,甚至可以说互联网蓬勃扩张的生态规则正是以数据的互惠分享为基础。互联网的技术特征强化了数据的可分享性、公共性等特点,个人数据只有脱离私人领域的、局部的限制,在公共领域中交汇、合并,才能创造出更大的合作盈余。在这种观念下,数据对个人来说并不是稀缺财产,无须强调对它的排他性占有,封闭的占有也无法实现数据的价值,而是在保证个人能够获取相应收益的前提下,从促进数据流动和公共利益的角度考虑规制、控制其他用户对它的使用行为。

(二)平台“圈地运动”:对数据的掠夺与独占

伴随着新自由主义经济思想的高歌猛进,早期以开放共享为核心的互联网精神逐渐失色。互联网商业化进程加快后,以扩张和攫取为天性的资本在互联网这块“公共荒地”上不断开垦,对财产的排他性占有重新成为互联网领域的权威法则。平台的出现引发了各种社会资源连接和分配方式的结构和制度性的变革,加剧了资本的集中化程度,呈现出平台开创私治理空间、在其中实行自己的社会整序机制,形成自成一体“领土”的“圈地”特征⑤。虽然从法律层面来看,社交平台基于用户条款获得的是一种契

① 吴靖、云国强:《未来信息社会向何处去——中国语境中的技术变革与“互联网+”》,《人民论坛·学术前沿》2015 年第 15 期,第 52—66 页。

② John Perry Barlow “A Declaration of the Independence of Cyberspace”,1996 年 2 月 8 日,https://en.wikipedia.org/wiki/A_Declaration_of_the_Independence_of_Cyberspace

③ 方兴东:《BAT 开始站在互联网精神的对立面》,观察者网,2019 年 1 月 30 日,https://www.sohu.com/a/292447815_115479

④ 高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018 年第 3 期,第 84—101 页。

⑤ 刘晗:《平台权力的发生学——网络社会的再中心化机制》,《文化纵横》2021 年第 1 期,第 31—39、158 页。

约性“权利”,但赋予的却是管理用户的“权力”。互联网从“去中心化”的分散交互模式转变为以平台权力为基础的“有限分散交互”。①

虽然平台本身是开放的,用户参与的门槛较低,但是平台在充当信息中介的同时也制定了信息市场的规则,决定了内容可见度的优先性,干预资源分配的公共秩序。平台将对用户数据的掌握转为对用户的渗透和控制,引导和塑造用户行为,使用户的日常生活嵌入平台生态之中,将之圈定在自己的“领土”内。平台还能处置裁决用户间的争议,对违反规则的用户施以惩罚,甚至可以单方面以封禁的形式将用户驱逐出平台。

吊诡的是,“圈地”的特征甚至可以隐藏在“开放”的话语之下。一些超级平台以“开放”为名,为合作伙伴提供流量资源和数据入口,以及技术能力、开发经验和广泛内容,最终目标是以产业互联网为核心,搭建整个互联网产业的行业生态。② 在这一过程中,以数据作为连接,涵盖社会运转各环节的行业被纳入平台的商业生态帝国,依靠平台提供的数据资源和计算能力生存。平台成为新时代的数字基础设施,展现出对其他产业及创新者的支配地位。

集立法、行政和司法职能于一身,平台构建的私人秩序具有权力不对等的特征,删除内容、封禁账号的手段可能侵犯个人的言论自由权、财产权等权利。数据作为平台重要的生产资料,且对新的经济模式的开拓具有驱动作用,也从公共资源转变为“私人平台控制的围墙花园”③。资本驱动下的互联网平台并不会自动维护公平、正义等价值,而是通过不断攫取再加筑高墙的形式消减了互联网的开放精神。数据作为私人财产的意义被强化,以数据形式存在的信息资源被划入边界清晰的平台体系,受到平台内部不可见的算法规则的管理。

四、网络平台数据治理的政策建议

网络平台数据的公、私双重性及其背后的历史文化隐喻使得数据确权成为一个波及多方利益的复杂的法学问题。从法学角度确定数据权属性及其归属较为困难,可以考虑从数据交易过程的动态视角,以个人隐私、企业创新、公共利益的平衡为目的,为推动数据的合理有效使用、平台数据治理提出可行建议。

(一)加强横纵制度设计,构建多主体协同共治

网络平台数据的合理使用涉及资源分配和利益协调的问题,协同治理的思路能够动员政府、企业、个人、社会组织在既定的制度框架下,相互配合,实现数据保值增值,发挥数据的社会价值。④ 协调政府和平台的关系是构建多主体协同共治的关键。平台的逐利特性激励其不断提升数据收集和处理的技术水平,公权力受监督的特征也可以对平台掌握的私权力进行限制,维护社会整体利益。

首先,政府作为监管主体,针对数字经济、平台经济中出现的新问题,应从立法层面予以规范。这一方面,欧盟较为超前,于 2020 年 12 月推出了《数字服务法》和《数字市场法》的草案,着力于监管大型互联网平台。当前,我国已出台《数据安全法》和《个人信息保护法》,并将陆续开始施行。这些规定一定程度上有助于防范数据安全风险,强化平台作为个人信息处理者和经营者的义务,规制平台数据滥用的现象。而对平台垄断问题,现有的《指南》只是规范性文件,层级不够,应加快修订完善《反垄断法》。在平台经济的环境下,必须根据平台类型、运行规律、数据的具体特征重新界定数据对市场力量的影响,优

① 张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021 年第 4 期,第 149—170 页。

② 毛天婵、闻宇:《十年开放? 十年筑墙? ——平台治理视角下平台开放史研究》,《新闻记者》2021 年第 6 期,第 28—38 页。

③ 胡凌:《超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制》,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期,第 6—21 页。

④ 梁宇、郑易平:《我国政府数据协同治理的困境及应对研究》,《情报杂志》2021 年第 6 期,第 1—7 页。

化市场支配地位的识别标准。数字经济时代反垄断规则的调适需要坚持包容审慎的原则,以“保护消费者利益”为目标,以创新效率的提升为准绳。① 以上法律的分工与融合、协调与统一所构成的法律框架是制衡多元价值的产物。

其次,要优化治理主体结构,吸纳包括网民、企业、行业组织在内的非政府主体的参与,增强社会与市场的参与力度。在政府与平台的关系中,政府应转变单一的管理者的形象,转为对平台运行的架构和标准进行设计与监督,但为激励平台实现自我治理,细节方面则交由平台自行落实。政府应当主动构建协商渠道和合作网络,积极回应并调节主体关系,为主体权益提供保障,寻求利益平衡点,激发社会治理内生动力。在政府内部,对平台数据的管理受限于碎片化和部门化,针对平台数据使用中存在的私主体利益受损、公权力不断萎缩等问题,不同政府部门可能存在着职能重叠、目标冲突、权责不明等问题。要完善协同共治机制体系,应在国家层面成立统一的数据治理协调中心,再从横向和纵向两个方向上增强联动、顺畅沟通,突破科层体制和条块分割的桎梏,整合治理资源,建立跨部门、跨层级、跨区域的综合数据治理格局,解决信息和数据不对称问题。

(二)对平台数据采取弱保护模式,督促平台实现社会价值

对于平台而言,由于平台对数据的收集和利用已经是既定事实,没有强大的技术和资本很难破坏这种状态,所以对平台数据保护的主要任务便是维护企业对数据控制的现有状态,以维持企业的相对竞争优势存在。对这种状态的保护不必采用强保护方式来实现,即没有必要规定平台数据归企业独占性、排他性地拥有,而是可以沿用商业秘密保护中的弱保护模式,既承认企业可以对其收集、分析、控制的数据主张权利,也保护企业利用数据服务和交易获利的权利,在法律上建立行为导向的数据基础秩序来获得规范。② 这种保护模式既鼓励了平台对数据的开发和利用,又为数据共享提供了制度上的便利,是一种多方利益协调下的折中的保护模式。

其次,借鉴欧盟《数字市场法》中对“守门人”的规定,对大型主导平台施加数据开放共享的义务。《数字市场法》中的“守门人”指超大型的在线平台,在互联网信息生态中把控着关键环节,对网络信息流的塑造和规制发挥着系统性作用。这些平台企业掌握了核心技术资源,因此必须承担一些特殊的义务和责任,包括系统性风险评估义务、接受外部独立审计的义务、配合调查人员提供数据访问权的义务以及额外的透明度义务等方面。③ 对具有优势地位的大型平台采用事前预警、事中监管和事后惩戒相结合的措施,增加透明度和问责制,有范围、有选择、有控制地披露用户在平台上活动所产生和集成的数据,严格规定可行使数据权利的空间。此外,平台只能对其合法生产的数据享有权利。认为自己的数据被用于不利自身目的的用户有权要求平台解释数据处理和运用的算法,必要时可申请第三方算法审计的介入。

最后,国家层面也应当把握时机发展中国互联网平台的数字优势,强化平台企业的社会责任,为其发展提供良好的政策环境,释放数字红利,将单一的限制性规则升级为对信息资源管理与服务的综合体系搭建。商业平台可以借助 5G、大数据、人工智能、工业互联网等技术在创新商业模式、推动产业升级的同时将数字技术延展到社会生活的各个领域,与政府建立数据共享机制,深刻嵌入到社会治理之中,增强科技治理能力。

(三)完善数据交易制度,规范各类数据进入市场的机制

《数据安全法》提出国家要建立数据分类分级保护制度,根据数据在经济社会发展中的重要程度,以及

---

① 孙晋:《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021 年第 4 期,第 63—76 页。

② 梅夏英:《在分享和控制之间 数据保护的私法局限和公共秩序构建》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 845—870 页。

③ 张新宝:《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》,《比较法研究》2021 年第 3 期,第 11—24 页。

一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度,对数据实行分类分级保护。在平台数据治理中,对数据按照不同的属性和标准进行分类、分场景的处理是目前解决多方主体利益冲突的可行途径。平台数据要素的分类标准较多,从行业领域看,涉及健康、交通、金融、教育等领域;从开发利用的程度看,有原始数据、衍生数据、多方交互数据等;从利益主体看,有涉及私人利益和公共利益的数据;从脱敏程度看,则有原始数据、半匿名数据、匿名数据等。

未经处理的原始数据由用户享有所有权。对于不涉及公共利益的数据,应当在切断数据和个人的对应关系、保护个人隐私的基础上,规范有序、平等有效地进入数据市场,促进平台企业或其他经济组织从自身的智力劳动成果中获利。对于涉及公共利益的基础数据,则应当在不危害国家安全的情况下向社会公开,避免其成为用于谋利的排他性私人品,促使其在社会中流转,服务于公共利益。

在此基础上,建立安全畅通的数据交易制度。由于当前数据交易中最大的信息不对称来自个人和企业之间的技术壁垒,可以由政府主导,联合第三方机构出资,搭建公平可信的数据交易平台。交易平台主要发挥中介和基础设施的作用,制定统一的数据存储、传输、交换标准,保障数据的安全性和互操作性,降低直接交易中潜在的权力不对称风险。同时,平台还应当鼓励用户参与,赋予用户协商和制定数据治理规则的权利。

Between “Publicness” and “Privateness”: A Study on the Data Governance of Online Platform

Xie Xinzhou, Song Zhuo

(*School of New Media*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

Abstract: The vigorous development of digital economy has made the productive factor as a feature of data even more significant. Platform data is one type of data most characterized with the value of market. Both platforms and their users are private subjects. However, the data generated by the users involve a wide range of social life and are endowed with public attribute. In this regard, to establish the ownership of platform data is an urgent need for releasing data vitality. Prior research mostly discussed the problem of data ownership from the perspective of the balance between personal information and corporate utilization. The main idea was to coordinate the interests of different private subjects in the field of private law. Now the situation has gone beyond this scope. Platform collects basic data at a large scale closely related to civil rights, national security and social progress. The data are concerned with public interests and evolve into public goods, but they are under the control of private platforms. “Publicness” and “privateness” have become a pair of significant contradictions in the process of allocating rights and interests. This paper firstly analyzes two ideas of data protection. One regards platform data as private property, while the other regards platform data as public goods. For private property, their users' ability to occupy and benefit from their own data is very limited due to the inequality of competence and resources. The power relationship between the platforms and their users is intensely unbalanced. The dominance of the giant platforms will aggravate the risk of monopoly. For public goods, the platforms are regulated as the infrastructure, and the data have turned into a means of production. Secondly, this paper traces the history and culture of the Internet from its birth to development, and starts an in-depth discussion on the reasons for the opposition between “publicness” and “privateness”. Unlike other tangible objects, the value of data will be increased through sharing in the online community. The core values of the Internet is openness, sharing, freedom and equality in the very beginning. However, driven by capital expansion, the platforms transform data from public resources to private possession. Finally, this study provides suggestions on platform data governance under the consideration of subject collaboration, protection mode of platform data, and data transaction system.

Key words: online platform; data governance; data right; private power; platform governance

(责任编辑　　郭昌盛)